

共犯における正犯行為の構造的地位-3-

著者	高橋 則夫
著者別名	N. Takahashi
雑誌名	東洋法学
巻	28
号	1
ページ	89-121
発行年	1985-03
URL	http://id.nii.ac.jp/1060/00003597/

共犯における正犯行為の構造的地位(三)

高橋 則 夫

一 序 説

二 共犯における結果概念

(一) 正犯意思

(二) 正犯実行

(三) 正犯結果

(四) 小括 (以上早大法研論集三一号)

三 正犯行為の法的性質

(一) 故意性の問題

(二) 序——正犯者の故意に関する錯誤 (二)西ドイツの判例・学説状況

(三) 考察

(四) 小括 (以

上早大法研論集三二号)

(一) 二重性の問題

(二) 序——所為概念の相対性

(三) 危険性の問題

(二) 個別問題の検討

(三) 二重性の法理

(一) 序——実行従属性 (二) 共犯行為の危険性 (三) 正犯行為の危険性

(四) 小括 (以上本誌本号)

四 正犯行為の位置づけ

五 結語

三 正犯行為の法的性質 (承前)

(一) 二重性の問題

(一) 序——所為概念の相対性

(1) 三 (一) で到達した結論——共犯における正犯行為は客觀的に違法な行為であれば足り、故意(行為)か過失(行為)か無過失(行為)かを問わず、したがって、正犯行為が無過失の場合、正犯者にとっては違法性さらに構成要件該當性が存在しないとされても、共犯者にとっては構成要件該當の違法な正犯行為と評価される——によれば、同一の正犯行為が正犯者に対する内容と共犯者に対する内容とで異なつて評価されるという帰結が生じることになる。この帰結は正犯行為の二重性・相対化を承認することを前提とする。ここでは、この正犯行為の二重性について、その内容と限定の問題を若干の個別問題を素材にして検討することにした。

正犯行為の二重性・相対化の基礎にあるのは、法における二重評価という思想である。⁽¹⁾すなわち、精神科学は自然科学とは異なつた考察方法を有し、たとえば、物理的因果性は一定の結果に対する一度の経過だけを引き受け、その

他の経過はこの作用を新たに惹起し得ないのに対して、法律学は価値への整序を探究するものであり、個人を構成要件へと法的に關係づける場合、身体的現象ではなく、法効果の指示を求めるのである。⁽³⁾ この法における二重評価の思想が正犯行為さらに広く所為概念というものの相対化を生じさせる。所為 (Tat) という概念は、犯罪行為 (Straftat) あるいは行為 (所為・事実) 支配 (Tatherrschaft) という用語に含まれており、一般に結果をも含んだ広い意味での行為と理解されている。シュミットハイザーによれば、所為とは刑罰法規において不法を根拠づけるものとして記述されている事象である。⁽⁴⁾

ところで、正犯者がこういう所為さらに狭義の行為 (Handlung) を実現することはいうまでもないが、共犯者は実現するのであろうか。共犯との關係では一般に所為の概念は用いられていない。共犯も自己の所為 (犯罪行為) を実現すると解するのは、責任共犯説と純粹惹起説 (独立性志向惹起説) であり、通説的見解である修正惹起説 (從属性志向惹起説) は所為概念を正犯者の所為としてのみ理解していると考えられる。⁽⁵⁾ 私見によれば、共犯者にも所為概念が認められねばならないと思われるが、一体いかなる内容として認めるのが問題である。

(2) 同一の正犯行為が正犯者と共犯者とでそれぞれ異なった内容として現われる場合として、たとえばラング・ヒンリクセンが指摘するように、共犯と中止の事例において正犯のみが中止した場合の中止しなかった共犯の可罰性の問題がある。⁽⁶⁾ 中止犯の法的性格がいかなるものであれ、中止犯の法効果 (刑の必要的減免) は一身專屬的性格を有する。右の事例の場合、正犯者は中止未遂となるが、共犯者には障害未遂の共犯が成立することになる。正犯の所為が正犯者にとっては中止行為となり、共犯者にとっては未遂行為と評価されている。ラング・ヒンリクセンによれば、

正犯者の行為態様（未遂）と同一正犯者の別の行為態様（中止）とは分離できない関係にあり、価値統一体を形成している。しかし、共犯者にとってはこの関係は存在せず、共犯者に投影すると正犯者の所為の第一部分（未遂部分）が独立し、それにより共犯者にとって可罰未遂としての固有の法的評価ができる、⁽⁷⁾ といふのである。

中止未遂への共犯の成否の問題は中止未遂の法的性格との関連で論じられ、中止犯の法効果の一身専属性を最も良く説明できるのは刑事政策説・責任減少説であるとか、違法減少説だと法効果が他の関与者にも連带的に及ぶことになるから、一身的な違法減少あるいは義務違反性を強調する見解もある。⁽⁸⁾ この争いは中止を行なった正犯の側からその理論的帰結として共犯を考察するアプローチを採用するものと思われるが、しかし、中止をしなかった共犯の側からみれば、可罰的行為（未遂犯）への共犯と解する以上、共犯にとって正犯行為は未遂行為であり、中止未遂という正犯の性格づけが脱落してしまうという点に重要性があると思われる。確かに、理論的説明として違法と責任という犯罪成立要件に組み入れ、違法連帯・責任個別という図式的理解をすることは安定的な解決策といえる。しかしながら、それも結局は全体としての所為をいかに分析するかということであり、分析の結果として所為概念（正犯行為）が相対化しているという巨視的観点を考慮の対象外に置くことはできないであろう。

以下では、正犯行為の二重性・相対化という視点から、いくつかの個別問題について検討を加えていきたいと思う。

(1) 拙稿「共犯における正犯行為の構造的地位 (二)」早大法研論集三二号（昭五九）二八三頁以下参照。

(2) Kipp, Über die Doppelwirkungen im Recht, Festschr. f. F. von Martitz, 1911, S. 211ff. 法概念の相対性 (2) 英, Englisch,

Einführung in das juristische Denken, 8. Aufl., 1983, S. 78, 161f, Anm. 77. 参照。

- (3) Lang-Hirrichsen, Bemerkungen zum Begriff der „Tat“ in Strafrecht, Festschr. f. Engisch, 1969, S. 376f. (紹介) 中山研一・法学論叢八九卷三号五八頁以下)

- (4) Schmidauser, Strafrecht, A. T., Studienbuch, 2. Aufl., 1984, S. 76.

- (5) M. K. Meyer, Tatbegriff und Teilnehmerdelikt, GA, 1979, S. 252f. 責任共犯説につき、拙稿「責任及び不法共犯説の批判的考察」早大法研論集二二号(昭五五)一五五頁以下、純粹惹起説及び修正惹起説につき、拙稿「惹起説の批判的考察」早大法研論集二六号(昭五七)一八三頁以下参照。

- (6) Lang-Hirrichsen, a. a. O., S. 374ff.

- (7) Lang-Hirrichsen, a. a. O., S. 376.

- (8) 香川達夫・中止未遂の法的性格(昭三八)一七七頁以下、山中敬一「中止犯」中山〳〳西原〳〳藤木〳〳宮澤編・現代刑法講座五卷(昭五七)三四五頁以下、野村稔・未遂犯の研究(昭五九)四三四頁以下、川端博〳〳曾根威彦「中止犯の法的性格」植松〳〳川端〳〳曾根〳〳日高・現代刑法論争Ⅰ(昭五八)二九三頁以下、平野龍一「中止犯」〳〳中止未遂の法的性格〳〳同・犯罪論の諸問題(Ⅱ)総論(昭五六)一四二頁以下、一六二頁以下参照。

(二) 個別問題の検討

(a) 共犯と錯誤

共犯と錯誤をめぐって多種多様な問題が存在するが、こ⁽¹⁾こでは共犯者の認識した事実と正犯者の実現した事実とが構成要件を異にする場合(たとえば、①甲が乙に窃盗を教唆したところ、乙が強盗を行なった場合と②その逆の場合)を念頭に置いて検討していきたい。

この事例において、通説的見解は刑法三八条二項によって軽い窃盜の教唆犯が成立すると解している。しかし、①の事例で窃盜という正犯行為は存在しているのであろうか。錯誤論による規範的修正と解さない以上、窃盜の正犯行為は存在するといわざるを得ないであろう。となると、この場合、同一の正犯行為が正犯にとつては強盜であるが、共犯にとつては窃盜という正犯行為の二重性が生じていることになる。

ところで、共犯と錯誤は一般に単独犯の「事実の錯誤」理論の応用であると理解されているが本当にそうであらうか。単独犯の場合、認識事実と発生事実とのくい違いは単独正犯者の主観と客観とのくい違いというパターンに該当する。しかし、共犯の場合には主観と客観とのくい違いが共犯者と正犯者との両方に関わるという特殊性が存在する。前述のように、⁽²⁾共犯にも主観的行為無価値と客観的行為無価値の両者が存在しなければならず、共犯行為という客観的行為態様を無視するわけにはいかない。通説的見解は共犯の主観と正犯の客観とのくい違いを問題にするが、共犯の主観的側面だけを問題とし、共犯の客観的側面を無視しており、所為はあくまでも正犯が遂行するという発想がその基礎にあると思われる。すなわち、正犯行為が共犯における唯一の客観的行為であり、共犯はそれに従属するだけであるという考え方である。これは、マウラッハの「共犯は独立した構成要件ではなく、単なる関係概念である」⁽³⁾という言葉に的確に表現されている。しかし、本稿のように、共犯の構成要件的構造を問題とし、共犯の行為無価値・結果無価値を問題とする立場からは、共犯にも客観的な共犯行為が存在しなければならない。とするならば、共犯と錯誤は共犯の主観と客観とのくい違い、つまり、共犯者自身の主観面と客観面との錯誤を問題にすべきであらう。三八条二項は共犯の主観と正犯の客観とのくい違いではなく、共犯の主観と共犯の客観とのくい違いに適用されるべき

ものと思われる。たとえば、窃盜を教唆したところ正犯が強盜を行なった場合（前記①の事例）、共犯者には窃盜の故意があり、客觀的行為として窃盜の危険があったのか強盜の危険があったのかを問題とし、もし窃盜の危険しなかった場合には共犯者に錯誤はなく、窃盜の教唆「行為」と判断し得る。しかし、正犯が強盜を遂行した点から強盜の危険を有する教唆行為であったとされる場合には共犯者に錯誤があり、三八条二項を適用して「窃盜」の教唆「行為」が認められることになる。逆の事例すなわち強盜を教唆したところ正犯が窃盜を行なった場合（前記②の事例）、強盜の危険を有する教唆行為であれば強盜の教唆「行為」が認められ、窃盜の危険しなかったならば、三八条二項を適用して「窃盜」の教唆「行為」が認められることになる。ここで注意しなければならないのは、三八条二項を用いて何が確定されたかという点である。つまり、共犯の構成要件該当性が「充足」されたのではなく、共犯の「構成要件的行為」だけが確定されたにすぎない。その後になつてはじめて、共犯の構成要件的结果である正犯行為（結果）が存在したか否かが問題とされるべきである。その際、後述するように、共犯の実現しようとした法益侵害が正犯を通じて実現されていると評価できれば正犯行為は存在することになる。

以上のように考えるならば、同一の正犯行為が正犯と共犯とで異なつてくるのは錯誤論の結果ではなく、共犯における正犯行為の位置づけからくる必然的帰結であると思われる。

（１） 齊藤金作・共犯判例と共犯立法（昭三四）一一四頁以下、福田平「共犯と錯誤」齊藤還曆・現代の共犯理論（昭三九）六九頁以下（同・刑法解釈学の基本問題（昭五〇）一三七頁以下に収録）、墨谷葵「共犯と錯誤」前掲現代刑法講座三卷

二三七頁以下、西田典之「共犯の錯誤について」団藤古稀論文集三卷(昭五九) 九三頁以下参照。

(2) 拙稿・前掲「共犯における正犯行為の構造的地位(二)」二八五頁参照。

(3) Maurach, Deutsches Strafrecht, A. T., 4. Aufl., 1971, S. 672. ヲウラッハの見解につき、拙稿・前掲「惹起説の批判的考察」一九五頁以下参照。

(4) 内田(文)教授は本文④の事例につき、「すくなくとも強盗未遂の教唆を認めてよいのではなからうか」と説く。内田文昭・刑法Ⅰ(総論)(昭五二)三二五頁。問題は強盗の正犯行為が存在したか否かであるが、法益侵害の一部実現(財物奪取)をいかに評価するかに依存することになる。強盗の教唆行為が確定され、それが正犯者によって一部実現されたのだから強盗未遂の教唆犯の成立を認めることも可能であろう。強盗の実行行為の存否ではなく、強盗の法益侵害との関連で共犯における正犯行為が決定されることになるからである。この点については後述する。

(b) 結果的加重犯への共犯

共犯と錯誤における考え方はさらに結果的加重犯と共犯の問題について同様に展開することができる。たとえば、傷害を教唆したところ正犯が殺人を行なった場合、まず教唆行為が客観的にいかなる危険を有していたかを検討しなければならぬ。傷害の危険性しかない場合には傷害の教唆「行為」が確定され、殺人の危険性が認められる場合には三八条二項を適用して傷害の教唆「行為」が確定される。そして、正犯者は殺人行為を遂行したわけであるが、いかなる正犯行為が存在したかという共犯成立の問題は正犯者の実現した法益侵害(人の死亡)と関連することになる。したがって、正犯が殺人行為を遂行したとはいえ、共犯にとっては傷害が傷害致死の問題となり、正犯行為として傷害行為の存否が問題となるのである。この場合、結果的加重犯の構造を故意犯と過失犯の複合形態と理解するならば、

正犯者の過失部分が独立して考察の対象となる。すなわち、正犯が殺人行為であっても正犯の実現した法益侵害との関連で共犯者にとっては傷害致死の成否が問題となり、傷害致死の過失部分をいかに評価するかが重要な課題となる。したがって、傷害を教唆したところ正犯者が傷害致死となった場合と同様の問題となる。この場合、過失犯に対する過失の教唆という構造となるであろう。そして、過失犯に対する共犯及び過失の共犯のいずれも不可罰と解するならば、重い結果について共犯の成立はなく、傷害の教唆となる。しかし、過失犯に対する共犯及び過失の共犯のいずれも可罰とするか、あるいは過失犯に対する過失の共犯は過失正犯¹⁾そのものと解するならば傷害致死の教唆となる。いずれにせよ、正犯にとっては殺人行為である正犯行為が共犯との関連では傷害行為となり、正犯結果である死との関連で傷害か傷害致死の共犯が問題となるのは正犯行為の二重性の一例といえよう。

(1) 結果的加重犯と狭義の共犯の問題につき、内田文昭・過失と共犯(総合判例研究叢書・刑法②)(昭四〇)二〇〇頁以下、香川達夫・結果的加重犯の本質(昭五三)一六三頁以下、平野龍一「結果的加重犯について」前掲犯罪論の諸問題(一一二頁以下)、Oehler, Das erfolgsqualifizierte Delikt und die Teilnahme an ihm, GA, 1954, S. 33ff.; Seebald, Teilnahme am erfolgsqualifizierten Delikt nach § 18 StGB, Festschr. f. Lange, 1976, S. 219ff. [(翻訳)井田良「カール・ハイニンツ・ゲッセル『結果的加重犯の共犯についての解釈論的考察』法学研究五五巻四号八七頁以下」参照。

(c) 不可罰的事後行為への共犯

状態犯の場合には、結果発生後あるいは実行行為終了後に違法状態が継続することが予想され、実行行為後の行為が、それを切り離して考察すると独立に別個の構成要件に該当する場合でも、その行為は不可罰とされる。たとえば、窃盗犯人が贓物を損壊しても、それは窃盗罪の構成要件によって評価され尽しているので別に器物損壊罪を構成しない。これを一般に不可罰的事後行為⁽¹⁾あるいは共罰的事後行為⁽²⁾という。不可罰的事後行為が独立に処罰の対象とされない根拠は必ずしも明らかではない。通説的見解は、事後行為は終局的に独立の犯罪を構成しないと解しているが、もしそうであるならば、事後行為への共犯の成立を説明できないことになる。また、もし事後行為も構成要件を充足すると解するならば、なお不可罰とされる根拠が示されねばならない⁽³⁾。結局、事前行為と事後行為は包括一罪として後者は前者に吸収されると解するのが妥当と思われるが、いずれにせよ、不可罰的事後行為の場合、事前行為と事後行為は、それぞれを個別的に取り出して評価すれば、各々の構成要件に該当するものと考えねばならない。ただ、事前行為を遂行した正犯者に対しては、先行する可罰行為との関係が存在することによって、同一行為者は同一の法益侵害で二度評価されないという原則が適用され、事後行為は独立に評価されないということである。これに対して、事後行為に関与する共犯者に対しては、先行する可罰行為との関係が存在せず、事後行為は独立に評価し得る事象となる⁽⁷⁾。正犯行為が構成要件該当・違法な行為であるから共犯も成立可能と解するのは正犯側からのアプローチであり、共犯側からみれば共犯における正犯行為の二重評価の一例であると思われる。すなわち、正犯者にとっては統一的・全体的評価として不可罰とされる正犯行為が、共犯者にとっては独立した正犯行為として評価され、可罰的な正犯行為が存在することになるからである。

- (1) 西原春夫・刑法総論(昭五二)二五一頁、三七四頁参照。
- (2) 平野龍一・刑法総論Ⅱ(昭五〇)四一四頁以下参照。
- (3) 団藤重光・刑法綱要総論(改訂版)(昭五四)四二〇頁、大塚仁・刑法概説(総論)(昭三八)三三三頁参照。
- (4) 団藤・前掲書四二〇頁注(二九)では、事後行為も構成要件を充足する違法な行為にはちがいないから、これに対する共犯の成立は可能とされている。なお、団藤編・注釈刑法(2)のⅡ総則(3)(高田卓爾)(昭四四)五七三頁参照。
- (5) 学説及び判例状況について、阿部純二「不可罰的事後行為」西原||宮澤||阿部||板倉||大谷||芝原編・判例刑法研究4(昭五六)二四三頁以下参照。
- (6) 平野・前掲書四一一頁以下、中山研一・刑法総論(昭五七)五二五頁以下、内田(文)・前掲刑法Ⅰ(総論)三二九頁以下、中野次雄・刑法総論概要(昭五四)一五二頁参照。
- (7) Lang-Hirrichsen, a. a. O., S. 377f.

(d) 承継的共犯

正犯者が強盗殺人の目的で被害者を殺害した後、その財物奪取行為のみを「⁽¹⁾幫助」した者はいかなる罪責を負うか。この事案について大審院は強盗殺人の従犯になるとした。⁽²⁾すなわち、共犯者は関与以前の正犯者の行為をも含めて強盗殺人全体について責任を負うとされたのである。この承継的共犯をめぐる学説状況は、⁽³⁾全面肯定説(後行の行為者には先行の行為者が既にした行為をも含めてその犯罪の全体についての共犯が成立する)、限定肯定説(基本的には肯定説をとりながら一定の場合「強盗殺人」には後行の行為者の責任を制限する)、全面否定説(後行の行為者には

それが加わってからあとの行為についてだけの共犯が成立する）、限定否定説（基本的には否定説をとりながら一定の場合「先行の行為者の行為の効果が続いており、後行の行為者がその状態を利用した場合」にはその限度で責任を認める）、折衷説（結合犯については肯定説をとり、それ以外の場合には否定説をとる）等に分類できる。各学説の全面的検討は本稿の課題ではなく、正犯行為の二重性という観点から検討を加えると、前記大審院判決の事案について、まず全面肯定説（強盗殺人罪説）は幫助者が結局正犯の強盗殺人全体を容易にしたことを理由とするのであるが、この説は、正犯行為は強盗殺人であり、それは正犯者に対しても共犯者に対しても共通であるという、正犯行為の二重性の否定に立脚する見解である。これに対して、その他の学説（強盗罪説・窃盗罪説）は幫助者にとって正犯行為はそれぞれ強盗あるいは窃盗ということになり、正犯者に対しては、殺人と財物奪取という統一的な事象に基づいて強盗殺人となるが、共犯者に対しては、その一部分が独立評価されることになる（暴行と財物奪取あるいは財物奪取のみ）。この点に正犯行為の二重性・相対化を看取し得ると思われる。

（１） 本稿では、もっぱら狭義の共犯を取り扱い、共同正犯は除外する。なぜなら、共同正犯と狭義の共犯とは処罰根拠の点及び構造の点で異なっているからである。なお、詳細は別稿に譲らざるを得ない。

（２） 大判昭和十三年一月一八日刑集一七卷二一八三九頁。野村稔・刑法判例百選Ⅰ総論（第二版）（昭五九）一六六頁参照。

（３） 齊藤誠二「承継的共同正犯の成否」判例評論三〇六号（昭五九）二三〇頁以下の分類に従った。なお相内信「承継的共同について」金沢法学二五卷二号（昭五八）二三頁以下、その他参照。

(e)不真正身分犯と共犯

身分者が非身分者に加担した場合（子が第三者に自分の親の殺害を教唆）に六五条二項が適用されるか否かという問題について、有力な否定説（子＝普通殺の教唆）も存在するが、通説・判例はその適用を肯定している（子＝尊属殺の教唆、第三者＝普通殺の正犯）。

この通説・判例の理論的根拠は何か。西田助教授によれば、責任身分を含む各則の犯罪類型と共犯規定とが結合した、身分者を主体とした共犯構成要件が設定され、さらに、正犯の構成要件への従属性を切断するために、六五条二項が構成要件を個別化するものと解し、責任の強弱が身分という形で類型化・構成要件化されている限りで共犯の構成要件が正犯から独立する、⁽³⁾というのである。この分析は注目に値するものであるが、その全面的検討は本稿の課題ではない。ただ、現在のところ私は、六五条は一項も二項ともに共犯者の処罰を規定したものであり、一項は真正身分犯の共犯の処罰を、二項は不真正身分犯の共犯の処罰を規定したもの⁽⁴⁾と考える。すなわち、共犯の成立は六五条以前の問題なのである。したがって、共犯成立の一般的要件が問題となり、共犯における正犯行為の性質の問題に直結してくることになる。子が第三者に自分の親の殺害を教唆した場合、正犯者の正犯行為は普通殺であることは疑いのないところであり、もしこの点に固執するならば、共犯者にとっても普通殺の正犯行為の存在を理由として、普通殺の教唆となるであろう。共犯者が尊属殺の教唆となるためには、尊属殺の正犯行為が存在したといわなければならない。前述のように、西田助教授は責任身分（卑属）を主体とした教唆という共犯構成要件に該当すると説くのであ

るが、共犯構成要件内の正犯行為をいかに評価するのか、あるいは正犯行為は共犯構成要件の外に位置するのか等の問題がある。私見によれば、端的に共犯にとって尊属殺の正犯行為が存在することになり、この問題においても、同一の正犯行為が正犯者に対しては普通殺であり、共犯者に対しては尊属殺であるという、正犯行為の二重性を看取り得るのである。

(1) 団藤・前掲刑法綱要総論三九七頁、大塚・前掲刑法概説(総論)二一六頁、福田平・全訂刑法総論(昭五九)二六九頁参照。

(2) 大判大正二二年三月二三日刑集二卷二五四頁。学説・判例状況につき、団藤編・前掲注釈刑法(2)のII総則(3)(内藤謙)八四四頁以下参照。

(3) 西田典之・共犯と身分(昭五七)二〇四頁以下、同「共犯と身分」前掲現代刑法講座三卷二七七頁以下参照。なお、西村克彦『「共犯と身分」に関する西田説をかえりみて』Law School 四九号(昭五七)二九頁以下参照。

(4) 西原・前掲刑法総論三五九頁参照。Roxin, Leipziger Kommentar, 10. Aufl., 1978, § 28 Rdn. 4, 6; Cortes Rosa, Teilnahme am unechten Sonderverbrechen, ZStW, 90, 1978, S. 413ff.

(三) 二重性の法理

(1) 同一の正犯行為が正犯者に対する内容と共犯者に対する内容とで異なるとして評価されるという正犯行為の二重性の法理は、従来は犯罪共同説・行為共同説、罪名従属性説・罪名独立性説、制限従属性説・極端従属性説という論争に還元されて暗黙のうちに承認されていたといえ意識的に論じられることはなかった。しかし、この二重性の法理

は共犯の構成要件的構造とりわけ共犯における正犯行為の位置づけの問題にとって示唆に富んだ視点を提供するものと思われる。

同一の正犯行為が正犯と共犯とで異なる内容を有するということは、共犯にとって独自の正犯行為が存在するという⁽¹⁾ことであり、正犯者の正犯行為とは独立して共犯者にとつての正犯行為というものが考えられるということである。前述した、いくつかの個別問題の検討により、共犯における正犯行為が正犯にとつての正犯行為とは異なつて評価されていることがわかる。

(2) このような正犯行為の二重性・相対化は従来の視点で捉えるならば從属性の緩和ということであろう。独立性説は正犯行為を全く問題にしない点で正犯行為の二重性という問題提起自体が生じない。從属性説によれば、從属性を緩和するに従つて正犯行為の相対化の程度が増してくる。しかし、たとえば違法連帶・責任個別という制限從属性説の考え方は、共犯成立のために違法な正犯行為の存在を要求しているだけで、共犯における正犯行為の位置づけを把握するには必ずしも十分でないように思われる。それでは正犯行為の二重性・相対化をいかに考えるべきであろうか。

思うに、共犯者も結局は各則の構成要件に整序されるという点では正犯者と同様である。犯罪は各則に掲げられた各構成要件しかないのであつて、共犯も正犯も保護法益は同一であり、共に各構成要件上の保護法益を侵害するが故に処罰されると解するのが惹起説・因果共犯論の主張であつた。⁽¹⁾ 共犯を各則の構成要件に整序させることが終局的な目的である以上、共犯による構成要件実現が問題とされ、正犯者の遂行する正犯行為とは独立して評価されることも

理解し得る。しかし、正犯者の正犯行為とは独立して評価される、共犯者による構成要件実現における正犯行為はいかなる内容として確定されるのであろうか。前述の個別問題に現われたところによると、共犯者は自己の表象した犯罪によって処罰されており、この点から考えると共犯の表象した正犯行為の存在が考慮の対象として問題となろう。すなわち、共犯者は自己の表象した正犯行為によって構成要件的結果を実現しようとするものと考えられる。⁽²⁾ この意味で、ザックスが指摘するように、共犯故意の内容と方向づけが共犯の中核的要素であることは否定できない。⁽²⁾ ヴェルツェルも共犯故意に一致する限度で正犯行為が存在すると考えているようである。⁽³⁾ ヴェルツェルの見解は共犯故意のみによって正犯行為を決定しているが故に、共犯の主観的側面だけを重視することになり妥当でないにせよ、共犯の主観から正犯行為を捉えようとしている点は注目し値する。なぜなら、共犯における正犯行為を決定するのはまず第一素はまさに共犯の行為無価値であることを示唆しているからである。共犯における正犯行為を決定するのはまず第一に共犯の行為無価値であると思われる。その際、前述のように、私見は主観的行為無価値（共犯故意）と客観的行為無価値（共犯行為）の両方を考慮するので、結局これらの共犯の行為無価値が共犯の従属すべき正犯行為を決定する。まず正犯者の正犯行為が存在しそれに共犯が従属するというのではなく、共犯の従属すべき正犯行為がまず第一に存在可能性として考慮されなければならないのである。

(3) 問題は、正犯行為の存在可能性が最終的に「存在した」と刑法上評価されるのはいかなる場合であり、正犯行為の二重性が認められる法理を探究しなければならない。

内田(文)教授はこの問題について、共犯構成要件と正犯構成要件の重なり合う限度で正犯行為が存在すると説かれ

るが、この見解は正犯行為を表象して共犯行為を行なえば共犯構成要件が充足されると理解することになり、正犯行為が共犯構成要件の構成要素であることを看過するものである。すなわち、この見解は、共犯故意の限度で正犯行為が存在すると解するヴェルツェルの見解と同様に、共犯の表象のみで正犯行為の存在を結論づけている点で妥当でない。前述のように、正犯行為の存在は共犯の中間結果であり、客観的構成要件要素である。構成要件の重なり合いを問題にする内田(文)教授の見解はこの点を意識されているが、正犯行為の存在が確定されてはじめて共犯構成要件が充足されると考えるべきであると思われる。

それではいかなる場合に共犯における正犯行為が存在したといえるのであろうか。思うに、惹起説・因果共犯論から出発する以上、正犯の実現した「法益侵害」という点が基準とならざるを得ないように思われる。共犯の表象した正犯行為が最終的に正犯の実現した法益侵害へと結実した場合に共犯における正犯行為が存在したといえるのである。すなわち、共犯の志向した「法益侵害」と正犯の実現した「法益侵害」とを比較して両者が相応した場合に「正犯行為」が存在することになる。

共犯の志向した法益侵害に相応する正犯の法益侵害があれば共犯における正犯行為が存在するとすると、正犯の構成要件該当行為(実行行為性)は必ずしも要件とならないことになる。もっとも、法益侵害が存在すれば構成要件該当行為も存在するといえる場合が多いが、法文自体が存在しない場合が問題となる。たとえば、第三者が被告人に証憑湮滅を教唆した場合あるいは第三者が犯人に自己蔵匿を教唆した場合、正犯者は法文の不存在故に構成要件該当行為はなく構成要件該当性は存在しない。しかし、各構成要件上で保護された法益(国の刑事司法作用)を侵害して

いる点是否定し得ず、そうであれば共犯における正犯行為は存在していることになる。この点は、法文と構成要件とは異なり、構成要件は伸縮自在の観念像であってそれ自体では人権保障の機能をもたないこと、⁽⁷⁾法益侵害があれば違法類型としての構成要件に該当するともいえることから基礎づけることができる。

- (1) 拙稿・前掲「惹起説の批判的考察」一八三頁以下参照。
- (2) Sax, Zur Problematik des „Teilnehmerdelikts“, Z. StW, 90, 1978, S. 940. ザックスの見解につき、拙稿「共犯における正犯行為の構造的地位 (一)」早大法研論集三二二号(昭五九)一三三頁以下参照。
- (3) Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 117. なお、内田(文)・前掲過失と共犯一八二頁参照。
- (4) 内田(文)・前掲過失と共犯一八五頁以下参照。もっとも、その際、罪質の同一性があれば正犯行為が存在するとされることが、正犯行為の存在によってはじめて共犯構成要件が充足すると説かれるべきであったように思われる。
- (5) 拙稿・前掲「共犯における正犯行為の構造的地位 (一)」一二三頁以下参照。
- (6) 内田(文)・前掲過失と共犯一八六頁以下参照。
- (7) 西原春夫「構成要件の価値的性格——犯罪論における定型的思考の限界・その二——」早稲田法学四一巻一号(昭四〇)一六一頁以下参照。

(三) 危険性の問題

(一) 序——実行従属性

以上の論述によって、共犯構成要件の中核的要素は共犯の行為無価値であることが判明したが、ここではさらに共

犯の結果無価値と正犯の結果無価値との関係を検討していきたい。すなわち、共犯の危険性と正犯の危険性の問題である。この問題は従来の視点からすれば従属性の有無・実行従属性・教唆未遂の可罰性といった問題である。これらをめぐる独立性説対従属性説の激しい論争を経過し、現在では「共犯の処罰根拠」からの帰結が重要な論点として注目される場所である。大越教授は以下のような帰結を提示している。

責任共犯説によれば、「教唆者が教唆すれば、正犯者が実行の着手に出なくとも、教唆者は可罰的になる。すなわち、教唆を正犯者に対する侵害行為と解する以上、教唆者が被教唆者に意思決定させるように働きかけることで、すでに教唆行為は完了するからである」⁽¹⁾。

行為無価値惹起説によれば、「教唆の未遂は不可罰になる。もともと、教唆の既遂は正犯者が実行に着手すれば足り、結果の発生までも必要としない。行為無価値の惹起は、正犯者が実行に着手しさえすれば認められるからである」⁽²⁾。

純粹な惹起説によれば、「教唆の未遂に関しては、未遂の処罰根拠を『意思の危険』に求めた場合には可罰的になる反面、『法益侵害の危険』にみた場合には不可罰になる」⁽³⁾。

修正された惹起説によれば、「その理論的基礎を客観的違法論におくので、未遂の処罰根拠も当然に『法益侵害の危険性』に求めることになる」。したがって、「教唆の未遂を不可罰と捉える」⁽⁴⁾。

私見（折衷惹起説）⁽⁵⁾によれば、共犯の処罰根拠を構成要件上の保護法益への「従属的な侵害」に求める以上、教唆の未遂は不可罰であり、実行従属性を承認することになる。しかし、共犯にも危険性が存在するのであり、この危険

性と正犯の危険性とは結びつく必要性を考慮する場合、さらにこれらの内容に立ち入って検討を加える必要がある。ところで、危険性という観点で実行従属性を把握することはいわゆる定型説の立場とはなじまないと思われる。すなわち、定型説は実行行為と共犯行為とを形式的に区別し、刑法四三条の「実行」は正犯としての実行行為だけを意味するのであって、共犯行為を含まないと理解するのである。⁽⁶⁾ 定型説は独立性説に対抗するために正犯と共犯とを厳格に区別しようとする見解であるが、その区別基準の実質的基礎をもっぱら規範的評価の面に置いている点で、危険性という「事実的判断を伴う概念」⁽⁷⁾ が入り込む余地はないのである。

これに対して、共犯構成要件というものを提示し、共犯行為も修正された構成要件の実行行為を遂行すると説く見解⁽⁸⁾、あるいは規範的障害の存在する場合には法秩序は正犯に適法行為を期待することを理由に従属性を基礎づける見解⁽⁹⁾によるならば、「危険性」という観点が重要になってくると思われる。すなわち、共犯行為の危険性だけではなく、まだ四三条に該当するに足らず、正犯の実行行為の危険性が存在しなければならないと考えることになる。本稿はこの立場に従っていることはいうまでもない。

以下では、共犯行為の危険性・正犯行為の危険性について順次検討していくことにする。

(1) 大越義久・共犯の処罰根拠(昭五六)九二頁。なお、同「因果的共犯論と責任共犯論」藤木編・刑法の争点(増補)(昭五九)二六六頁以下も参照。

(2) 大越・前掲共犯の処罰根拠一一一頁。

(3) 大越・前掲共犯の処罰根拠一四四頁。

- (4) 大越・前掲共犯の処罰根拠一五八頁。
- (5) 拙稿・前掲「惹起説の批判的考察」二〇〇頁以下参照。
- (6) 団藤・前掲刑法綱要総論三五頁以下参照。
- (7) 平野龍一・刑法総論Ⅰ(昭四七)一六八頁参照。
- (8) 平野・前掲刑法総論Ⅱ三四八頁以下参照。
- (9) 西原・前掲刑法総論三二八頁参照。

(二) 共犯行為の危険性

(a) 間接共犯の処罰根拠

共犯への共犯を間接共犯というが、その行為態様として間接教唆・再間接教唆(順次教唆)・間接幫助(順次幫助)・従犯の教唆・教唆の幫助がある。これらのうち、わが刑法は間接教唆(六一条二項)と従犯の教唆(六二条二項)のみを規定し、その他を解釈に委ねているのに対して、西ドイツ刑法にはこれら一切の明文規定はなく、すべて解釈に依拠している。いずれにせよ、間接共犯の「実質的」処罰根拠が問題とならざるを得ないであろう。⁽¹⁾

明文規定のない間接共犯を不可罰とする可罰性否定説は、たとえば再間接教唆について、形式的根拠として、「教唆者を教唆したる者」という六一条二項の「教唆者」とは同条一項の意味での教唆者すなわち正犯を教唆した者を指すこと、実質的根拠として、正犯の背後関係を無限に追及するのは法的確実性を害することを理由としている。⁽²⁾さらに間接幫助についても、間接幫助を従犯に対する幫助と捉え、幫助行為は実行行為ではなく、幫助者は六二条一項の

「正犯」に含まれないことを理由として不可罰とする。⁽³⁾ 可罰性否定説には処罰規定の不存在という点と前述の定型説のアプローチが基礎にあると同時に、謙抑的な刑法解釈態度が看取し得る。

これに対して、可罰性肯定説には、共犯行為がそれ自体で可罰的と解する共犯独立性説を除外して、二つの解釈論的構成が存在する。

第一に、共犯行為も修正された構成要件の実行行為に該当するという点を強調する見解がある。⁽⁴⁾ この見解によれば、わが刑法六一条一項の「実行」に教唆も含まれ、六二条一項の「正犯」に幫助も含まれることになる。また、西ドイツ刑法二六条の「違法な所為」には教唆も幫助も含まれると解することになる。⁽⁵⁾ しかし、この見解は正犯と共犯との区別原理である制限的正犯概念を放棄する点で妥当でなく、また、結局犯罪者（共犯者）をつくりあげる点に処罰根拠を見出す責任共犯説の立場に連なり、正犯行為が単なる処罰条件ということになってしまふ。

第二に、正犯行為への間接共犯と捉える見解がある。⁽⁶⁾ この見解によれば、わが刑法六一条一項の「実行」、六二条一項の「正犯」、さらに西ドイツ刑法二六条の「違法な所為」はそれぞれ最終的な正犯行為のことであり、間接共犯はすべてこの最終的な正犯行為への共犯と捉えることになる。この見解を妥当と考える。

ところで、この二つの解釈論的構成の差異はいくつかの具体的帰結の差異となって現われる。まず一つは共犯故意の内容についてである。第一説によれば、間接共犯者は事後の者とその者が実行行為へと導く態度を行なうことの認識で十分となろう。これに対して第二説によれば、もしそれを徹底させるならば、間接共犯者は正犯者を認識する必要があろう。⁽⁷⁾ 正犯者が誰かの認識までは必要でないにせよ、正犯行為とそれを遂行する主体とはある程度特定された

ものとして認識しなければならないと思われる。

次に、たとえば犯人が父親に対して自己を蔵匿するよう教唆し、父親がさらに第三者を教唆して第三者が犯人を蔵匿したような事例の処理方法である。第一説によれば、事後の者への教唆という態様と考えるが故に、犯人が親族を教唆して自己蔵匿させた事例と理解することになり、第二説によれば、正犯行為への教唆と考えるが故に、犯人が第三者を教唆して自己蔵匿させた事例と理解することになろう。

以上のように、間接共犯を正犯行為への共犯と理解する場合、それは擬制ではなく、因果設定行為としての共犯の危険性（相当程度の危険性⁽⁸⁾）が正犯行為（結果）へと相当因果的に連関しているか否かを検討するが故に、すべての間接共犯類型が可罰的となるわけではない。すなわち、形式的にはすべての間接共犯類型が可罰的となる可能性はあるが、実質的には危険性（相当程度の危険性）が認められる間接共犯のみを可罰的とすることになる。この意味で、教唆の従犯、順次教唆、順次幫助は類型的に危険の程度が低い場合であると思われる。

- (1) 間接共犯の問題について、Hügemann, Die Teilnahme an der Teilnahme, 1908; Bongen, Die Teilnahme an der Teilnahme, 1914; Gallas, Anmerkung zu BGHSt 8, 137 in JR, 1956, S. 225ff.; D. Meyer, Zum Problem der Kettenansufung, JuS, 1973, S. 755ff.; Schwirnd, Grundfälle zu Ketenteilnahme, MDR, 1969, S. 13ff.; Eser, Strafrecht II, 3. Aufl., 1980, S. 191ff. 大塚仁「間接共犯の可罰性」研修三四四号（昭五二）三頁以下、平野龍一「つむゆる間接幫助の可罰性」前掲犯罪論の諸問題（一）一七六頁以下参照。

- (2) 団藤・前掲刑法綱要総論三八四頁以下、大塚・前掲刑法概説（総論）二〇七頁、福田・前掲刑法総論二六一頁参照。

- (3) 団藤・前掲書三八九頁、大塚・前掲書二二三頁、福田・前掲書二六四頁参照。
- (4) 小野清一郎・新訂刑法講義総論(昭二三)二〇九頁、二二三頁、青柳文雄・刑法通論Ⅰ総論(昭四〇)三八五頁以下、三九一頁参照。
- (5) Stratenwerth, Strafrecht, A. T., I, 3. Aufl., 1981, Rdn. 971; BGHSt 6, 359 (361).
- (6) 平野・前掲刑法総論II三五二頁、最決昭和四四年七月一七日刑集二三卷八号一〇六一頁。RGSt 23, 300; Maurach-Gössel, Strafrecht, A. T., 2, 6. Aufl., 1984, S. 299; Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, A. T., 3. Aufl., 1978, S. 567; Welzel, a. a. O., S. 120; Samson in SK StGB Vor § 26 Rdn. 50.
- (7) Eser, a. a. O., S. 192. イェンヘックは、教唆者の故意は特定の所為と特定の正犯者に向けられねばならないと説く。Jescheck, a. a. O., S. 560.
- (8) 「相当程度の危険性」について、山口厚「自ら招いた正当防衛状況」法学協会編・法学協会百周年記念論文集二卷(昭五八)七五五頁、同「原因において自由な行為」について「団藤古稀論文集二卷(昭五九)一七五頁参照。

(b) 教唆未遂の処罰根拠(西ドイツ刑法三〇条)

西ドイツ刑法三〇条は次のように規定している。

「(一項) 他人をして重罪を行うよう又は重罪を教唆するよう決意させることを企てた者は、重罪の未遂に関する規定によって罰する。ただし、その刑は第四九条第一項によって軽減する。第二三条三項は、これを準用する。

(二項) 重罪を行うこと又は重罪を教唆することの用意のある旨を表明した者、このような行為を行う旨の他人の申出を受諾し又は他人とそれについて協定した者もまた、同様(1)に罰する。」

三〇条一項では「教唆の未遂 (versuchte Anstiftung)」、二項では「用意ある旨の表明 (Sich-Bereitklären)」⁽¹⁾「申出の受諾 (Annahme eines Erbietens)」⁽²⁾「協定 (Verabredung)」⁽³⁾がそれぞれ可罰的とされている。それでは、これらの行為態様の処罰根拠はいかなるものであろうか。六二年草案理由書は次のように述べる。すなわち、「可罰的共犯は、その関係する違法な所為が実行され、または少なくとも未遂に達したことを前提とする。もしこの原則が例外なく貫かれたとしたら、刑法による保護法益は、まさに、公共が重大な犯罪行為によって大きな危険にさらされる場合に、不完全なものとなる。隣人の家屋に放火するよう何人かを教唆した者、または他人を殺害するため他人と協定した者は、その所為が実行に至らなかつた場合にも、刑罰に値いする。このような場合、刑法上の干渉は、手遅れになつてからはじめて開始されうるものであつてはならない。重い犯罪行為を計画するのに数人が関与した場合には、所為が実行されるか否かは、もはや、個人による重罪の予備におけるように個人の掌中のみに存しない。これによって、脅かされた法益に対する危険は、さらに増大したことになる。それ故、右の場合に刑法による法保護を前面に押し出すことが、刑事政策上要求される⁽²⁾」と。このように、六二年草案理由書は公共に対する危険性と数人が関与することの危険性とを考慮し、刑事政策的観点から三〇条による処罰を根拠づけている。これに対して、六六年対案は、六二年草案が継承しようとしている旧総則四九条a⁽³⁾について、「可罰性を所為の遂行から広範に切り離し、個々の構成要件の二者択一関係につき、単なる意思の表明及び心情の表明の領域に移しているので、法治国上疑問がある⁽⁴⁾」と批判している。

学説上、三〇条一項と二項とは区別されて各々の処罰根拠が提示されている⁽⁵⁾。本稿の課題である一項の教唆未遂の

処罰根拠は、効果が残存する、法益の危殆化である。すなわち、正犯者の予備段階が原則として不可罰なのは、正犯者は事象を掌中におさめ支配しており、撤回可能性が存在するからであるが、教唆者は自己の犯罪寄与のすべてを行ない、事後の事象を支配しないが故に、より大きな危険性が存すると考えられている。ちなみに、二項の処罰根拠は共謀的な意思結合の危険性の点に求められている。共謀による拘束性によって犯罪遂行・法益危殆化の蓋然性が高いと考えられている。

このように二つを区別して考える見解が通説であるが、これに対してヤコブスは一項・二項の処罰根拠を統一的に理解して次のようにいう。すなわち、「重罪を行なうことについての意思連絡があつてはじめて予備から予備と規範違反との長い隔たりが償われる。なぜなら、この意思連絡によって規範自体が直接的に（違法な所為の媒介なしに）否認されるからである。この解決は処罰根拠についての古い考え方（法的平和・法忠誠の心情——原著者注）に類似するが、規範の基礎づけが所為準備の危険性においても否定されないことにより、古い見解の絶対化を回避する」⁽⁶⁾と。ところで、三〇条を解釈論的にいかに整序するかという問題について三つの見解が存在する。第一は、未遂規定に整序させる説である。⁽⁷⁾しかし、未遂は構成要件の実現の直接的開始であり（二二条）、三〇条を予定するものではないとの批判がある。⁽⁸⁾第二は、共犯説（Teilnahme-theorie）、すなわち共犯の特別規定と解する説である。⁽⁹⁾したがって、共犯の処罰根拠からの帰結が注目される。⁽¹⁰⁾しかし、責任共犯説を採用しない以上、教唆未遂は不処罰になると考えられ、三〇条の存在根拠を説明するには狭すぎるし、また正犯行為の存在を絶対的要件とする共犯の予定するところでもない。⁽¹¹⁾第三は、予備説（Vorbereitungstheorie）である。⁽¹²⁾この説は三〇条の規定を危険性と当罰性を理由に予備的行

為を刑罰化したものと解する。刑法特別委員会もこの見解に相応するものであり、また連邦通常裁判所の最近の判例も三〇条を「独立した可罰的予備行為⁽¹⁴⁾」と特徴づけている。

以上、西ドイツ刑法三〇条をめぐるいくつかの論議を概観して、教唆未遂を処罰するか否かは結局は刑事政策的判断に依存するにせよ、教唆未遂も「危険性」を具有するものであることが判明した。しかし、その場合の危険性の内容は公共に対する危険あるいは予備行為の危険であって、西ドイツはこの危険性の程度でも処罰するのに対して、わが国ではこの危険性の程度では処罰しないという立法態度を採用しているということである。すなわち、教唆未遂を不処罰にしているということは、いまだ抽象的危険の発生段階では「共犯」を可罰的としないというのがわが刑法の立場であるといえよう。

(1) 宮澤浩一訳・ドイツ刑法典（法務資料四三九号）（昭五七）の訳に依る。

(2) 一九六二年ドイツ刑法草案理由書・総則篇第一分冊（刑事基本法令改正資料一〇号）（昭四一）一七八頁。

(3) 旧総則四九条aは次のように規定する。「(一)項」重罪として刑を科せられる行為の遂行へ他人を規定せんとしてこれを遂げなかった者は、その重罪の未遂につき効力を有する規定（第四四条、第四五条）によってこれを処罰する。(二)項」重罪として刑を科せられる行為を協定し、右の行為の遂行についての他人の申出を受諾し、または重罪につき諾意を表明した者も、同じようにこれを処罰する。」齊藤金作・共犯判例と共犯立法（昭三四）二二六頁注（一）の訳に依る。なお、関与行為の未遂規定につき、齊藤（金）・前掲書二二二頁以下参照。

(4) 一九六六年ドイツ刑法草案総則対案理由書（刑事基本法令改正資料一五号）（昭四四）五四頁。もっとも、対案も四九条a一項だけは是認している。「何故なら、要請した者は、犯罪現象を生起せしめたものであり、この出来事は、爾後、その

者の影響下から離れるからである。その者は、その所為的寄与を行なったものであるから、単なる決意や心情だけが行態の可罰性を決定するわけではなく」と。同上対案理由書五四頁。

- (5) Roxin, Die Strafbarkeit von Vorstufen der Beteiligung (§ 30StGB), JA, 1979, S. 170; Kühl, Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung, JuS, 1979, Heft 12, S. 875; Eser, a. a. O., S. 207. 参照°
- (6) Jakobs, Strafrecht, A. T., 1983, S. 630.
- (7) Kühl, a. a. O., S. 874 ff. 参照°
- (8) Roxin, Leipziger Kommentar, 10. Aufl., 1979, § 30Rdn. 2. 参照°
- (9) Maurach-Gössel, a. a. O., S. 322f.; Baumann, Strafrecht, A. T., 8. Aufl., 1977, S. 619; Schmidhäuser, Strafrecht, A. T., 2. Aufl., 1975, S. 644f. 参照°
- (10) Letzger, Vorstufen der Beteiligung, 1972, S. 216 ff. 参照°
- (11) そのためパウラッハは「仮定的な従属性」という概念を提示した。Maurach, Deutsches Strafrecht, a. a. O., S. 699, 1か、1'。従属性概念は仮定的なものであつてはならないと思われる°
- (12) Letzger, a. a. O., S. 219 ff.; Roxin, LK, a. a. O., Rdn. 2.; Busch, Zur Teilnahme an den Handlungen des § 49a StGB, Festschr. f. Maurach, 1972, S. 245 ff. 参照°
- (13) Zweiter Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, Drucksache V/4095, S. 13. 参照°
- (14) BGHSt 9, 131; 14, 378.

(三) 正犯行為の危険性

以上、間接共犯及び教唆未遂の処罰根拠を検討した結果、共犯行為の危険性の内容は因果設定行為としての相当程度の危険あるいは予備行為としての抽象的危険であることが確認された。この共犯の危険性が正犯行為の危険性と相

当因果的に連関することにより、可罰的共犯未遂（未遂犯への共犯）となる。

正犯行為の危険性は実行行為の危険性であり、その内容は法益侵害に対する具体的危険である。したがって、正犯行為の危険性と共犯行為の危険性とは危険性の程度において差異があるといえよう。⁽¹⁾しかし、問題は両者の危険性判断の構造に違いがあるのではないかという点である。正犯行為の危険性が生じたときにはじめて共犯が可罰的となると解するのが実行従属性説の立場であり、とすれば正犯行為の危険性が生じた場合に遡って共犯の危険性が相当因果的に正犯行為と連関しているか否かが検討されることになる。この意味で共犯の危険性は正犯の危険性が確定された後に問題とされる点で事後的な事情を考慮した危険判断が行なわれる。これに対して、間接正犯は当初の因果設定行為自体の危険性が直ちに問題とされるが故に基本的には事前的な判断であるといえよう。間接正犯が道具の性格に左右されず正犯行為自体の正犯性（危険性）を問題とすべきであると解されるのに対して、共犯行為の危険性は正犯行為の危険性の側から遡って事後的に判断されるのである。もっとも、間接正犯の場合、法益侵害の具体的危険の生じる被利用者の行為時に着手を認めるならば、⁽²⁾共犯行為と同一とも考えられる。しかし、間接正犯の場合、間接正犯者は道具の行為をコントロールしているものであり、間接正犯者の誘致行為から被利用者の行為まで一連の因果過程における危険の高まりであるのに対して、共犯行為の場合、共犯者は正犯行為をコントロールできず、共犯行為と正犯行為とは断続的な因果過程であり、共犯行為の危険性はまさに共犯行為のみの危険性なのである。すなわち、間接正犯の場合、道具の行為の危険性は正犯行為の危険性の中に包含されるのに対して、共犯の場合、正犯行為の危険性は共犯の危険性の中に包含されず独立している点が異なっていると思われる。ただ、このような共犯の危険性と正犯の危

危険とは終局的には共犯の結果無価値の中に包含される。以上のように考えると、共犯行為の危険性と正犯行為の危険性とは相当因果的に連関していなければならないが、両者は危険性の程度の段階的高まりではなく、危険性の内容は程度の差異とはいえ、共犯の危険性（相当程度の危険・抽象的危険）から正犯の危険性（具体的危険）への「質的転換」であるといわねばならない。この意味で「因果関係の中断論」はその思考方法としては妥当な見解であったように思われる。⁽³⁾

このように考えると、「予備の共犯」（既遂を教唆したが正犯が予備に終った場合）は不可罰という結論に至らざるを得ない。予備の共犯について、犯罪の「実行」を形式的に理解するか実質的に理解するかの相違によって不可罰説・可罰説がそれぞれ導かれて⁽⁴⁾いる。しかし、問題は共犯における正犯行為の危険性が予備における危険で十分なのか否かという点である。前述のように、共犯行為には相当程度の危険あるいは抽象的危険しか存在しない。一方、正犯の予備行為にも事象支配からくる撤回可能性の観点からいまだ抽象的危険しか存在しないのである。となると、予備の共犯とは共犯行為の抽象的危険と正犯行為の抽象的危険とが結合したものであり、この算術的総和をもってしても具体的危険が生じるものではない。正犯が実行行為に出て具体的危険が生じたときに、遡及的に共犯の危険性が実現したことになる。正犯の予備行為はいまだ抽象的危険の段階であり、それは共犯行為自体の危険性と同性質のものである。共犯行為の危険性が質的に転換を遂げるものではない。西ドイツ刑法三〇条（教唆未遂）の規定が存しないわが刑法の立場は共犯行為の危険性の段階では不処罰としており、抽象的危険のレベルではいまだ不処罰なのである。したがって、正犯行為の予備段階がいまだ抽象的危険のレベルである以上、予備の共犯は不可罰と解せざる

を得ないと思われる。

- (1) 中義勝・講述犯罪総論(昭五五)二二九頁以下、同「共犯の因果性」Law School 四二号(昭五七)二七頁以下参照。もともと、中教授は正犯と共犯とを「因果力の差」として理解されているが、その意味が問われなければならないであろう。「危険性の差」と「違法の差」というものの異同が問題となると思われる。
- (2) 西原・前掲刑法総論三一六頁以下、同「間接正犯と原因において自由な行為」法学教室二五号(昭五七)三二頁以下、平野・前掲刑法総論II三一八頁以下、同「正犯と実行」佐伯還暦・犯罪と刑罰(昭四三)四五三頁以下〔同・前掲犯罪論の諸問題(上)二七頁以下に収録〕、西田典之「間接正犯論の周辺」Law School 四八号(昭五七)三七頁以下参照。
- (3) 中・前掲講述犯罪総論七五頁参照。因果関係の中断論は客観的帰属の理論という形で一種のルネッサンスを迎えているとみられる。Puppe, Der objektive Tatbestand der Anstiftung, GA, 1984, S. 103. など、Otto, Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht, Festschr. f. Maurach, 1972, S. 95ff; ders., Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 2. Aufl., 1982, S. 54; Jakobs, a. a. O., S. 577ff. 参照。
- (4) 不可罰説として、大塚・前掲刑法概説(総論)(増補)四二五頁以下、植松正・再訂刑法概説I総論(昭四九)三八二頁以下、斉藤誠二・刑法講義各論I〔新訂版〕(昭五四)九三頁以下、可罰説として、平野・前掲刑法総論II三五〇頁以下、内田(文)・前掲刑法I(総論)三〇〇頁、その他に、予備の補助を予備行為そのものと解する説〔正田満三郎・刑法体系総論(昭五四)一八三頁以下〕、予備の補助は予備の共同正犯であるとする説〔藤木英雄・刑法講義総論(昭五〇)二九二頁以下〕、予備罪を独立罪と非独立罪とに分け、前者の補助のみが処罰されるとする説〔福田・前掲刑法総論二二六頁以下、西原・前掲刑法総論二七三頁以下〕がある。

(四) 小括

以上、正犯行為の法的性質について、故意性の問題、二重性の問題、危険性の問題という三つの視点から分析し検討を加えた。

まず、故意性の問題においては、正犯故意が共犯構成要件の構成要素か否かという問題について、「正犯者の故意に関する錯誤」を素材にして西ドイツの判例・学説状況を分析し、様々な観点からのアプローチを検討した。その結果、正犯行為は結果無価値（法益侵害の危険性）のみが存在していれば共犯における正犯行為としての資格を有し、正犯行為が故意（行為）か過失（行為）か無過失（行為）かは重要でないという結論に至った。すなわち、共犯の行為無価値は構成要件該当の法益侵害の惹起を志向すれば足り、正犯の行為無価値を志向する必要はなく、また共犯の結果無価値は正犯の結果無価値を（部分的）構成要素とするが故に、正犯の行為無価値は共犯構成要件に入り込む余地はないのである。

次に、二重性の問題においては、同一の正犯行為が正犯者に対する内容と共犯者に対する内容とで異なって評価されるという正犯行為の相対化について、いくつかの個別問題（共犯と錯誤・結果的加重犯への共犯・不可罰的事後行為への共犯・承継的共犯・不真正身分犯と共犯）を素材にして検討を行なった。その結果、共犯者は自己の表象した正犯行為によって法益侵害を実現しようとするものであり、共犯の行為無価値が自らの従属すべき正犯行為をまず第一に決定し、次に共犯の志向した法益侵害と正犯の実現した法益侵害とが相応する場合に共犯における正犯行為が存在したと評価できると結論づけた。

最後に、危険性の問題においては、実行従属性の「実行」を実質的に理解し、危険性の観点から共犯の結果無価値

と正犯の結果無価値の関係を問題にした。まず共犯行為の危険性について、間接共犯・教唆未遂の処罰根拠を検討し、共犯行為の危険性は相当程度の危険あるいは抽象的危険であることが確認された。次に正犯行為の危険性（具体的危険）について、間接正犯の危険性と共犯の危険性とは程度の差のみならずその判断構造の点で異なり、前者が行為の遂行過程に従って事前的に判断されるのに対して、後者は正犯行為の危険性が生じた場合に遡って事後的に判断され、共犯行為の危険性と正犯行為の危険性とは相当因果的に連関しているとはいえ質的転換であると結論づけた。その結果、予備の共犯は共犯にとっていまだ危険性の質的転換がなく不可罰と解することになった。

以下では、こうした性質を有する正犯行為を共犯構成要件内にいかに位置づけるかを問題とするわけであるが、その際、正犯行為が共犯行為と正犯結果とを因果的に連関させる共犯における中間結果である以上、共犯の因果性というものが重要な課題とならざるを得ないと思われる。そして、それを踏まえて共犯の不法内容（行為無価値・結果無価値）を総括したいと思う。

（未完）